



Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Thalitta Rodrigues Viana

Revisão constitucional em sede de controle de constitucionalidade abstrato:
Uma ameaça à segurança jurídica?

Brasília

2016

Thalitta Rodrigues Viana

Revisão constitucional em sede de controle de constitucionalidade abstrato:
Uma ameaça à segurança jurídica?

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade de Brasília – UnB.
Orientador: Professor Doutor João Costa Neto

Brasília
2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Nome: VIANA, Thalitta Rodrigues.

Título: Revisão constitucional em sede de controle de constitucionalidade abstrato: Uma ameaça à segurança jurídica?

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Data da defesa: 22.03.2017

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Professor João Costa Ribeiro Neto (Orientador)

Professor Bruno Rangel Avelino

Mestrando Alberto Emanuel Albertin Malta

Mestranda Taynara Tiemi Ono (Suplente)

“Assim diz o Senhor: Não se glorie o sábio na sua sabedoria, nem se glorie o forte na sua força; não se glorie o rico nas suas riquezas; mas o que se gloriar, glorie-se nisto: em entender, e em me conhecer, que eu sou o Senhor, que faço benevolência, juízo e justiça na terra; porque destas coisas me agrado, diz o Senhor.”

Jeremias 9, 23-24.

Agradecimentos

Ofereço minha gratidão, primeiramente, a Deus. Obrigada, meu Senhor por ter me conduzido de maneira tão linda até a conclusão deste curso de graduação em Direito. O estudo para o vestibular, a aprovação nele, as preciosas amizades feitas nestes anos, os conhecimentos adquiridos, o entendimento jurídico construído e as lições de vida aprendidas são motivo de alegria e gratidão no meu caminhar.

O Senhor é a razão sem a qual tudo teria sido de outra forma na minha vida, é a *ratio decidendi* da minha história! O Senhor me capacitou a perseverar e me deu coragem para não esmorecer, mesmo quando as circunstâncias eram difíceis e quando acontecimentos tristes tentavam me desestabilizar e impedir a minha caminhada.

Sou muito grata ao Senhor por ser sempre tão bom, fiel e misericordioso comigo, por me fazer superar tantas perdas, dores, dificuldades e lutas; por me constranger com o Seu amor incondicional; e por me mostrar que eu realmente não mereço todas as Suas maravilhosas obras, mas as recebo pela fé e pela graça.

Obrigada, meu Senhor Jesus, porque tudo que eu sou, que eu faço e que eu tenho são graças ao Senhor; tudo que eu consegui realizar na minha vida até aqui e todas as histórias de superação e vitória que eu tenho para contar são graças a um Deus que sempre fez por mim mais do que tudo que eu pedi ou pensei que pudesse receber.

Agradeço à minha querida mãe. Obrigada, mãe, por ser a minha maior companheira, a pessoa com quem eu posso sempre contar, por ter investido em mim durante todos esses anos, por nunca ter duvidado que eu conseguiria, ter sido sempre minha maior entusiasta e ajudadora. Depois de Deus, a senhora é a pessoa mais importante da minha vida, e eu sou grata a Ele por ter me dado uma mãe tão guerreira, forte, sábia, amorosa e maravilhosa como a senhora.

Agradeço também às minhas irmãs, Thayná e Thayane. Vocês, meninas, são as minhas melhores amigas. Obrigada, Thayná, por ser o meu braço forte, pelas palavras de ânimo e crescimento, que demonstraram tanto amor e foram fundamentais para me incentivar a acreditar no meu potencial e para me fazer crescer. Obrigada, Thayane, por ser o meu braço de amor, pelas palavras de serenidade e de sabedoria tão carinhosamente expressadas, que me enchiam de fé e facilitavam a minha caminhada. Obrigada a vocês duas por todo o apoio, pelas inúmeras formas como vocês me ajudaram, e por serem, juntamente com nossa mãe, as mulheres que eu mais admiro e respeito.

Agradeço à minha prima Nayara. Obrigada, Nay, por ser uma pessoa tão companheira, afetuosa e prestativa. Você me ajudou muito em todo o tempo, estando longe ou perto. Obrigada por estar sempre presente nos momentos decisivos da minha vida, me apoiando, me ajudando, e me transmitindo amor, atenção e confiança. Sei que posso sempre contar com você.

Agradeço também ao meu amor, Wanbert. Obrigada, amor, por tudo que você significa na minha vida. Você é um dos maiores presentes que Deus me deu. Obrigada por me amar, por ser meu parceiro em todas as coisas, por me ouvir e me aconselhar, por ter me compreendido nos meus momentos de superação de obstáculos, e por estar ao meu lado nessa realização com a qual tanto sonhamos. Eu te amo muito.

Agradeço também ao meu orientador, o professor e doutor João Costa Neto. Obrigada, professor, por me mostrar que é possível ser brilhante nas mais vastas áreas do conhecimento jurídico, ser um jurista altamente capacitado e ainda ser um professor de excelência, que consegue transmitir conhecimento, integridade e inspiração aos seus alunos. Com o senhor eu aprendi muitas coisas, não só do direito constitucional, administrativo e das sucessões, que foram as disciplinas pelo senhor ministradas a mim, mas também do Direito como um todo. Obrigada por ter me orientado, pela paciência e atenção que teve comigo, por ter estado sempre pronto a me atender, esclarecer dúvidas e ajudar no que fosse necessário. Obrigada por me ajudar a vencer mais essa etapa da minha vida.

Agradeço também aos meus queridos amigos. Obrigada, minha sogra Rosemary, minha discipuladora Luísa, minha amiga Paula, e minha amiga Gleyziene por todas as orações, conversas saudáveis, conselhos produtivos, sorrisos e lágrimas que dispendemos juntas. Vocês fizeram com que todo esse processo fosse mais leve e prazeroso.

Por fim, agradeço aos meus queridos amigos da faculdade. Obrigada, Paulo Alves, Daniella Valentim, Nádia Reis, Átila Rabelo, e Márcio Tancredi por toda a parceria, amizade e carinho de vocês. Obrigada pela companhia nas madrugadas de estudo, nas apresentações acadêmicas, nos esforços da faculdade, e nos momentos de descontração e lazer, que foram tão especiais por serem ao lado de vocês.

A todos, meu muito obrigada.

Resumo

O presente trabalho possui como objetivo analisar a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal reapreciar e mudar de entendimento quanto à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dispositivo legal já realizada anteriormente em sede de ação típica do controle abstrato/concentrado de constitucionalidade, e se essa alteração configura uma violação à coisa julgada, representando, portanto, uma ameaça à segurança jurídica, que é considerada um direito fundamental no sistema jurídico brasileiro. Para tanto, investiga-se o caso da Lei 8.742/1993, Lei Orgânica da Assistência Social – Loas –, que mostra situação excepcional em que em 2013 a Suprema Corte superou entendimento adotado em julgamento de 1998, para viabilizar, por meio de lei, a efetividade de um direito constitucionalmente garantido. Assim, diante das alterações da realidade social e da evolução interpretativa da Constituição, tem-se a superação de um precedente formado em Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Palavras-chave: controle abstrato de constitucionalidade, coisa julgada, segurança jurídica, direito fundamental.

Abstract

The purpose of this study is to analyze the possibility of the Federal Supreme Court reviewing and changing the understanding of the declaration of constitutionality or unconstitutionality of a legal provision previously performed at a level of action typical of the abstract / concentrated control of constitutionality and if this amendment constitutes a violation of the *res judicata*, thus representing a threat to legal security, which is a fundamental right in the Brazilian legal system. In order to do so, we investigate the case of Law 8,742 / 1993, Organic Law of Social Assistance - Loas -, which shows an exceptional situation in which the Supreme Court, on 2013, exceeded the final court decision of 1998, in order to make viable, through law, the effectiveness of a constitutionally guaranteed right. Thus, given the changes in social reality and the interpretative evolution of the Constitution, we have overcome a precedent formed in a Direct Action of Unconstitutionality.

Keywords: abstract control of constitutionality, *res judicata*, legal certainty, fundamental right.

Siglas

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta por Omissão
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
RCL	Reclamação
CF	Constituição Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJPE	Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
PL	Projeto de Lei
DF	Distrito Federal
PE	Pernambuco

Sumário

1. Introdução	11
2. A Segurança jurídica e a estabilidade das decisões judiciais	13
3. Noções preliminares e os efeitos das decisões em controle concentrado de constitucionalidade – ADI e ADC	19
4. O caso da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas	27
5. A superação do antigo entendimento	36
6. Conclusão	42
7. Referências Bibliográficas	44

1. Introdução

O presente trabalho visa tratar sobre a possibilidade de mudança de entendimento quanto à constitucionalidade de uma norma, sendo que, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, ela já havia sido declarada constitucional ou inconstitucional e formado, dessa forma, coisa julgada.

Discute-se, se alterar a coisa julgada, tratando ainda de decisão com efeito vinculante, não seria uma ameaça à segurança jurídica de nosso país. Para tanto, é apresentando um caso concreto, em que foi aceita, pelo Supremo Tribunal Federal, a alteração de entendimento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade para tornar inconstitucional dispositivo sobre o qual os ministros da Suprema Corte já haviam decidido por sua constitucionalidade.

Utiliza-se conceitos do Direito inglês para analisar o caso paradigma e compreender as teses argumentativas feitas pelos então ministros do Supremo Tribunal, que culminaram na declaração de constitucionalidade da norma, sendo esta posteriormente cassada do ordenamento jurídico.

O propósito do trabalho é aferir as razões que levaram a esse caso de alteração da coisa julgada em nível de ADI, isto é, ação de natureza objetiva, na qual é feito um controle da constitucionalidade das leis em tese, sem necessidade de uma relação subjetiva para ensejar o questionamento da legitimidade daquela norma; além de ser uma ação objeto do controle concentrado de normas, em que a questão é submetida diretamente ao órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, diferentemente das ações ordinárias que não prescindem de avançar por todas as instâncias jurídicas devidas.

De início, a partir de uma revisão bibliográfica, será demonstrada a segurança jurídica como um princípio de grande relevância para a estabilidade do sistema jurídico e como um direito fundamental dos cidadãos, contemplado na Constituição Federal e prestigiado pela doutrina pátria.

Discute-se ainda sobre uma de suas decorrências, a saber, a proteção à coisa julgada e seu significado na manutenção da credibilidade das decisões judiciais, bem como na efetividade da tutela da confiança.

Além da revisão bibliográfica, será demonstrado como, em 2013, o Supremo Tribunal Federal superou o seu próprio precedente julgado em 1998, conferindo novo

entendimento a causa, a partir da ressignificação de sua adequação com a realidade social, em conjunto com uma interpretação evolutiva da Constituição.

Faz-se uma análise dessa última decisão à luz de conceitos oriundos do sistema de *common law*, diferenciando a *ratio decidendi* da ADI 1232 e da Reclamação 4374.

Por fim, tendo em vista as análises feitas e a exploração dos julgados cotejados, serão expostas as minhas conclusões, de modo a elaborar uma tentativa de resposta sobre se a reapreciação e alteração de decisão de constitucionalidade em ação típica de controle abstrato seria uma ofensa à coisa julgada e, por conseguinte, à segurança jurídica, buscando atender ao questionamento inicial.

2. A Segurança jurídica e a estabilidade das decisões judiciais

A vida em sociedade, tendo em vista os variados tipos de relações entre as pessoas, requer bom senso, tolerância e um regramento mínimo estabelecido para que os cidadãos saibam como proceder, tendo consciência do que lhes é assegurado, dos seus limites, do alcance de suas decisões e das consequências que elas podem trazer.

O autor J. J. Calmon de Passos (1999, p. 103), citado por Renata Polichuk (2011, p. 18), afirma que “civilizar-se é colocar imune ao arbítrio e isto só é possível quando deixamos de nos submeter ao governo dos homens e passamos a obedecer a um conjunto de regras”.

Em um Estado Democrático de Direito, as normas jurídicas se pretendem como instrumento para reger essas relações em sociedade, definir previamente direitos fundamentais e deveres dos indivíduos, transmitir um patamar razoável de previsibilidade aos jurisdicionados, e viabilizar, ante ao sopesamento de direitos que estejam em conflito, a composição das lides, alicerçado no mais próximo que se possa chegar do ideal de justiça.

Nesse sentido, a segurança jurídica é indispensável para que os entes particulares e públicos estejam seguros, em consonância com o Direito, ao traçar suas metas, tendo conhecimento de suas limitações em decorrência dos direitos dos demais, e sabendo o que lhes pode ser exigido pelo Estado e o que exigir dele.

O Direito se vale de normas definidas como regras, que são específicas e de alcance restrito; e normas definidas como princípios, que são mais abrangentes, refletem os valores de uma comunidade, e norteiam todo o ordenamento jurídico, sendo usados como fundamento para a aplicação das regras.

A segurança jurídica é um desses princípios, e é revelado na Constituição Federal de 1988, ainda que de forma implícita, em seu art. 5º, inciso XXXVI, como exposto a seguir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Ao falar sobre o tema, Canotilho (2002, p. 257) discorre, pontuando que a segurança jurídica e a proteção da confiança andam estreitamente associadas:

“a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos”.

A previsibilidade depende da confiança. Não há como prever sem confiar. Portanto, como o Estado tem o dever de garantir a previsibilidade, cabe-lhe tutelar ou proteger a confiança do cidadão em relação às consequências das suas ações e às reações dos terceiros diante dos seus atos, assim como no tocante aos efeitos dos atos do poder público (MARINONI, 2012, p. 572).

Como princípio e como direito fundamental do jurisdicionado, a segurança jurídica é consagrada em nosso Estado de Direito e é essencial para que o Poder Judiciário possa cumprir seu papel institucional de guardião da Constituição, intérprete das leis e julgador dos litígios.

A respeito da segurança jurídica, o Ministro José Augusto Delgado (2005, p. 12-13), citado por Renata Polichuk (2011, p. 18-19), dissertou:

O Estado de Direito surgiu na metade do Século XIX em face dos movimentos doutrinários e políticos para a sua consagração. A partir desse momento, passou a se considerar, em sede de expansão conceitual, que a atuação do Estado, embora voltada para proporcionar o bem comum ou a felicidade da vida, a segurança, a saúde, a educação e a prosperidade dos seus administrados, além de proteger os seus direitos individuais, devia seguir a linha determinada pelo ordenamento legal positivo que ele próprio criou, impondo a si mesmo essas regras, auto limitando-se, o que significou o afastamento do Estado com Poder totalitário. Os reflexos dessas mudanças impõem considerar que o Estado de Direito está sustentado em dois fundamentos: a segurança e a certeza jurídica. Esses princípios são absolutamente necessários para que a função estabilizadora do Poder Judiciário, a quem a Constituição Federal lhe concede a competência para julgar os litígios, seja desenvolvida com estabilidade e credibilidade.

Carlos Henrique Soares (2009, p. 215), se referindo ao autor Hans Kelsen (1996), ícone do positivismo jurídico, explica que a segurança jurídica estaria ligada à validade do ordenamento jurídico. Confira-se:

Para este autor, a segurança jurídica tem seu significado no contexto de validade do direito. Isso significa que a segurança jurídica somente pode se revelar quando a norma inferior atender ao pressuposto de validade ditado pela norma hierarquicamente superior. A segurança jurídica corresponderia à validade do ordenamento jurídico. Essa validade seria buscada atendendo a vontade do legislador, a realidade social e a justiça.

Soares (2009, p. 216) destaca ainda a crítica do autor Pérez Luño (1991) às ideias de Kelsen, mostrando que a concepção de segurança pode levar a um entendimento muito legalista do Direito, o que não traz a efetividade dos direitos fundamentais:

Pérez Luño (1991), tecendo críticas às ideias de Kelsen, sustenta que o equívoco do positivismo jurídico, cuja mais acabada formulação se desprende da tese de Hans Kelsen, reside em ter identificado a segurança e o Estado de direito com a noção de legalidade. O Estado de Direito não é somente um Estado de legalidade formal, senão aquele Estado de Direito em que a legalidade se funda na soberania popular e se dirige à tutela dos direitos fundamentais. O Estado de Direito é, portanto, uma expressão de legitimidade política e, precisamente por sê-lo, identifica-se com esse princípio de legitimidade jurídica que representa a segurança.

O conceito de segurança jurídica é amplamente discutido pela doutrina brasileira. Muitos juristas entendem que persegui-la é buscar a própria concretização da justiça.

No entanto, alguns entendimentos dados a questões judiciais e resguardados com a finalidade de se preservar a estabilidade das decisões, podem acabar se revelando, posteriormente, como contrários à justiça. Nas palavras de Soares:

Alguns autores afirmam que a “segurança jurídica” teria sua identificação com a “justiça”. Essa foi a ideia defendida por Massini (1987), que buscou justificar a “segurança jurídica” como “justiça”. Para o autor, esta prevalência da justiça subordina todos os atos jurídicos, não existindo nenhum outro valor a ser buscado, senão a justiça. (MASSINI, 1987, p. 319).

Outros entenderam que o conceito de segurança jurídica não poderia ser correspondente ao conceito de justiça, pois não teria sentido, então, a existência desses dois elementos; mas, pela proximidade dos dois institutos, a segurança jurídica seria um apêndice da justiça, ou melhor, um anexo que serviria para atingir a justiça. Essa foi a ideia amparada pelos defensores da “segurança jurídica como valor anexo da justiça”.

A equiparação da “segurança jurídica como justiça” ou como “anexo da justiça” trouxe uma nova problemática hermenêutica. **Em determinados casos, poderia ocorrer que a segurança jurídica ficasse contrária à justiça, e, para resolver tal questão, era necessário desenvolver uma interpretação que permitisse superar o positivismo jurídico.** (Soares, 2009, p. 216) (Negritei e sublinhei)

Há autores, como o filósofo Alexy, que entendem que aos princípios é possível se atribuir pesos, de acordo com uma análise de ponderação feita caso a caso. Dessa forma, ele sustenta que, com base no princípio da proporcionalidade, é possível solucionar casos concretos de colisão de princípios, em que valores distintos da sociedade estejam disputando predominância (Alexy, 2002).

Ao fazer uma análise das concepções de Alexy, Soares analisa:

Portanto, se fosse colocada para o autor a discussão sobre a possibilidade ou não de modificação da coisa julgada em confronto com suas idéias, **Alexy responderia a questão ponderando, no caso concreto, o princípio da segurança jurídica e o princípio da justiça.** Somente no caso concreto seria possível decidir sobre a possibilidade ou não de modificação da coisa julgada. (Soares, 2009, p. 217)

Como visto no texto constitucional, a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada são os pilares da segurança jurídica.

A coisa julgada é um indispensável elemento na busca pela paz social na medida em que permite que as lides não sejam eternizadas e cheguem a uma conclusão que, ainda que não satisfaça a uma parte ou a ambas, estabeleça o marco temporal da composição do conflito, a partir de seu trânsito em julgado, garantindo que o conteúdo decisório de determinada decisão judicial de mérito se torne imutável (Thamay, 2016).

Ao tratar da importância desse instituto, Rennan Faria Kruger Thamay disserta sobre a estrita vinculação da coisa julgada com a segurança jurídica:

Muitas foram as teorias a cerca da res iudicata como instituto jurídico-processual e mecanismo de estabilidade das decisões judiciais.

Desse modo, através de toda a construção da coisa julgada, como instituto jurídico, influenciado pela realidade romana em que a coisa julgada representava certeza e estabilidade social que possibilitava o gozo, de forma relativamente tranquila, de direitos, foi que a sociedade pós-moderna **buscou os fundamentos para então chegar hoje à ideia de segurança jurídica**, passando também pelas contribuições de Francesco Carnelutti e Enrico Tullio Liebman. (Thamay, 2016, p. 235) (Negritei)

O Código de Processo Civil anterior, de 1973, tratava da coisa julgada em seu art. 467 que dispunha: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Esse artigo era alvo de muitas críticas por parte da doutrina majoritária por conceituar a coisa julgada de forma restrita, pois a “imutabilidade” e a “indiscutibilidade” no artigo se referiam à sentença e não às relações jurídicas. Esse conceito era considerado falho, tendo em vista que o instituto da coisa julgada sempre foi concebido de uma forma mais ampla, entendendo-se que, na verdade, o que se torna imutável e indiscutível é o conteúdo da decisão proferida.

O Código de Processo Civil de 2015 alterou essa denominação, atribuindo à coisa julgada a qualidade de “autoridade”. De acordo com o seu art. 502, “a coisa julgada material é a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

Fredie Didier Jr. (2015, p. 513) destaca que, nesse sentido, “a autoridade” é uma situação jurídica: a força que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva. Como situação jurídica, a coisa julgada é um efeito jurídico – efeito que decorre de determinado fato jurídico, após a incidência da norma jurídica”.

Faz-se necessário diferenciar as categorias doutrinárias da coisa julgada formal e da coisa julgada material.

A coisa julgada formal ocorre quando há o trânsito em julgado da ação judicial. Dessa forma, não poderá ser discutida a mesma questão dentro daquele processo. “É uma estabilidade endoprocessual da decisão e, por isso, distingue-se da coisa julgada propriamente dita (chamada de coisa julgada material), que se projeta para fora do processo em que produzida” (Didier, 2015, p. 517).

Já a coisa julgada material diz respeito ao mérito decidido na ação. Ela é a própria qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade da decisão, uma vez que diz respeito à mudança qualitativa da relação de direito material, o que não está restrito à relação processual da qual é proveniente (Didier, 2015).

Das duas dimensões da coisa julgada decorrem seu efeito negativo e positivo, sendo o primeiro relacionado à qualidade de impedir a reapreciação de uma questão já decidida, e o segundo como a qualidade de obrigar o operador do direito a observar o núcleo imutável formado pela coisa julgada, quando da sua utilização como fundamento para decisão de outra ação.

Confira-se abaixo a exposição que Didier (2015, p. 514) faz do tema:

Em uma dimensão, a coisa julgada impede que a mesma questão seja decidida novamente – a essa dimensão dá-se o nome de efeito negativo da coisa julgada. Se a questão decidida for posta novamente para a apreciação jurisdicional, a parte poderá objetar com a afirmação de que já há coisa julgada sobre o assunto, a impedir o reexame do que fora decidido. A indiscutibilidade gera, neste caso, uma defesa para o demandado (art. 337, VII, CPC).

Na outra dimensão, a coisa julgada deve ser observada, quando utilizada como fundamento de uma demanda – a essa dimensão dá-se o nome de efeito positivo da coisa julgada. O efeito positivo da coisa julgada determina que a questão indiscutível pela coisa julgada, uma vez retornando como fundamento de uma pretensão (como questão incidental, portanto), tenha de ser observada, não podendo ser resolvida de modo distinto. O efeito positivo da coisa julgada gera a vinculação do julgador (de uma segunda causa) ao quanto decidido na causa em que a coisa julgada foi produzida. O juiz fica adstrito ao que foi decidido em outro processo.

Luiz Guilherme Marinoni (2012, p. 572-3) explica que a coisa julgada é imprescindível à tutela da confiança nos atos do poder público. A coisa julgada dá ao jurisdicionado a segurança de que o seu direito não poderá ser mais contestado e de que o litígio que envolveu o seu direito não voltará a ser decidido. Entretanto, a coisa julgada, embora imprescindível, não é suficiente para dar tutela à confiança e garantir a previsibilidade diante dos atos jurisdicionais. Mesmo os ordenamentos de *civil law*, especialmente aqueles que dão ênfase ao controle difuso de constitucionalidade, não podem dispensar o esquema dos precedentes vinculantes para garantir a segurança jurídica e dar tutela à confiança.

Apesar da correlação entre os conceitos da coisa julgada e das decisões com efeito vinculante, suas implicações, à luz da segurança jurídica são distintas. O respeito aos precedentes garante a previsibilidade em relação às decisões judiciais, assim como a continuidade da afirmação da ordem jurídica. Já a coisa julgada, garante que nenhuma decisão estatal fará ingerência de modo a inutilizar o resultado que a parte obteve com a decisão. (MARINONI, 2012, p. 573)

No que concerne à coisa julgada como expressão do direito fundamental à segurança jurídica, questiona-se nesse trabalho se decisões oriundas de processos típicos de controle de constitucionalidade concentrado/abstrato também estariam vinculadas a essa imutabilidade.

Para tanto, faz-se oportuno discorrer sobre como pode ser classificado o controle de constitucionalidade realizado sobre as normas do ordenamento jurídico brasileiro.

3. Noções preliminares e os efeitos das decisões em controle concentrado de constitucionalidade – ADI e ADC

3.1 Noções preliminares

Tendo em vista a subordinação dos Poderes Públicos à Constituição e a importância de se salvaguardar esta condição de supremacia constitucional, faz-se necessário explicitação preliminar das formas de defesa e controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente das leis e atos normativos.

Segundo Gilmar Mendes (2012, p. 780), diversas são as formas de classificação do controle de constitucionalidade, tipificada através de referenciais como o órgão, modo e momento em que se realiza o controle.

Quanto ao órgão, o controle pode ser político, jurisdicional ou misto. O primeiro refere-se ao controle realizado nos Poderes diversos do Judiciário, como, por exemplo, aquele efetivado nas Casas Legislativas, através da Comissões de Constituição e Justiça e demais Comissões, bem como no Executivo, através do veto a projeto de lei, com fulcro na inconstitucionalidade da matéria apresentada. O controle jurisdicional é aquele realizado por órgão do Poder Judiciário, enquanto que o misto corresponde à junção dos controles político e jurisdicional.

No que tange ao modo ou à forma de controle ele pode ser incidental ou principal. Enquanto este permite que seja apresentada de maneira autônoma, em um processo ou ação principal, a própria inconstitucionalidade das leis, aquele surge de um processo ou ação, cuja questão prejudicial trata de matéria constitucional e deve ser dirimida de forma incidental.

Com relação ao momento do controle, MENDES (2012) o classifica como preventivo ou repressivo, também conhecido como sucessivo. O primeiro diz respeito ao controle exercido antes do aperfeiçoamento do ato normativo. Como exemplo, cita-se a atividade das comissões das Casas Legislativas que pugnam pela inconstitucionalidade de projetos de lei, assim como o veto presidencial supracitado. Outro exemplo de controle preventivo admitido pelo sistema brasileiro é aquele exercido em sede de mandado de segurança impetrado por parlamentares no intuito de excluir a tramitação de proposições legislativas inconstitucionais atentatórias às cláusulas pétreas, conforme art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

Ademais, o controle de constitucionalidade é comumente dividido em dois modelos, a saber, o difuso (de origem anglo-saxã) e o concentrado (de origem europeia). Contudo, a tendência que se nota é a convergência, por questões processuais, desses modelos para um terceiro modelo, misto ou híbrido (como é o caso brasileiro e português).

O controle difuso estende a competência da análise de matéria constitucional aos órgãos integrantes do Poder Judiciário, enquanto que o concentrado destina tal incumbência a uma Corte Constitucional ou órgão jurisdicional superior.

Tal assunto pode abarcar também a classificação em controle concreto e abstrato, sendo o primeiro relativo às ações em que a questão da constitucionalidade surge de um caso concreto, por meio de um processo subjetivo; e o segundo em que a aferição da constitucionalidade da norma é feita em tese e por meio de um processo objetivo.

Ao analisar as decisões proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade abstrato, é indispensável conhecer seus efeitos, que, dependendo de seu alcance, podem corroborar para a imutabilidade das referidas decisões.

3.2 Efeitos das decisões em controle concentrado de constitucionalidade – ADI e ADC

Os efeitos das decisões de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de uma norma prolatadas em controle abstrato podem ser diferentes dependendo do ordenamento jurídico em que ocorram.

Ao tratar desses efeitos, o autor Carlos Blanco de Moraes (2011, p. 183-184) explica que no Direito Português é a “força obrigatória geral” que opera nas decisões de inconstitucionalidade do controle abstrato e elenca suas três dimensões:

A noção de *força obrigatória geral* inerente a uma decisão de inconstitucionalidade em fiscalização abstracta sucessiva abarca três dimensões, a saber:

- i) A *nulidade* da norma julgada inconstitucional ou ilegal, e que consiste no *efeito sancionatório que inere à declaração*, norma essa que não é apenas desaplicada a um caso singular, como sucede na fiscalização concreta, mas também eliminada do ordenamento, sendo igualmente eliminados retroativamente, por regra, efeitos que a mesma produziu desde a verificação da invalidade (crf., todavia, *supra*, § 159, Tomo I e *infra* § 652 e seg);
- ii) A *força de caso julgado formal e material*, que consiste no *efeito processual do instituto*, traduzida na insusceptibilidade de o fundo da questão de inconstitucionalidade ou ilegalidade, que é objecto da declaração, poder vir a ser recorrida ou reapreciada jurisdicionalmente, projectando-se a definitividade dos efeitos da decisão para fora dos contrafortes do próprio processo;

iii) A eficácia “frente a todos”, que respeita ao *poder vinculativo da decisão* e que se traduz na extensão “erga omnes” da obrigatoriedade de acatamento do conteúdo dispositivo da decisão por todas as autoridades públicas e por todos os particulares destinatários da norma.

No Brasil, os efeitos das decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – e em Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC – estão previstos no art. 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988, que afirma:

§ 2º: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, prevê em seu art. 28, parágrafo único:

Parágrafo único: A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

De acordo com os dispositivos acima, vê-se que a declaração de constitucionalidade, prerrogativa da Corte Constitucional brasileira, que atua como órgão responsável pelo controle concentrado de constitucionalidade, possui eficácia *erga omnes* (oponível contra todos) e efeito vinculante sobre os órgãos do Poder Judiciário e sobre toda a Administração Pública.

No Direito Brasileiro a eficácia *erga omnes* se refere à parte dispositiva do julgado e não aos fundamentos determinantes da motivação. O autor Gilmar Mendes (2012, p. 671) afirma:

Parece assente, entre nós, orientação segundo a qual a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal se refere à parte dispositiva do julgado.

Se o Supremo Tribunal Federal chegar à conclusão de que lei questionada é constitucional, haverá de afirmar expressamente a sua constitucionalidade, julgando procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade proposta. Da mesma forma, se afirmar a improcedência da ADI, deverá o Tribunal declarar a constitucionalidade da lei que se queria ver declarada inconstitucional.

Ao fazer uma comparação com o Direito Português, o autor Carlos Blanco de Moraes (2011, p. 180) afirma que no Direito Alemão a eficácia *erga omnes*, bem como o efeito vinculante tem por predominante outra concepção:

E o facto é que, tal como se verificará em sede própria na ordem jurídica alemã, extrai-se do conceito de “força de lei” esse efeito vinculante, que supõe a obrigação de os poderes públicos respeitarem não apenas a parte dispositiva da decisão, mas também os fundamentos determinantes da motivação. Ora, na ordem jurídica portuguesa, salvo no caso da inconstitucionalidade parcial qualitativa (em que o dispositivo vincula conjuntamente com a solução interpretativa que o fundamenta) a componente interpretativa da declaração de inconstitucionalidade ou de não inconstitucionalidade não se encontra investida dessa “eficácia vinculante *erga omnes*”. (Sublinhei)

Essa concepção também é abordada por Mendes (2012, p. 683), que discorre sobre o tema:

Problema de inegável relevo diz respeito aos limites objetivos do *efeito vinculante*, isto é, à parte da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas. Em suma, indaga-se, tal como em relação à coisa julgada e à força de lei, se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos chamados *fundamentos determinantes*, ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as *coisas ditas de passagem*, isto é, os chamados *obiter dicta*.

Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a ideia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão, sustenta o *Tribunal Constitucional alemão* que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão. (Sublinhei)

Como esse trabalho visa tratar sobre a possibilidade de mudança de entendimento em controle de constitucionalidade de leis, é importante enfatizar algumas premissas quanto a diferença entre a “declaração de inconstitucionalidade” e a “declaração de constitucionalidade”, ambas que podem ocorrer tanto em sede de ADC, como em sede de ADI, dependendo da procedência ou não do pedido.

Quanto ao nascimento de uma lei, a partir do momento em que um projeto de lei passa pelo processo legislativo, se torna lei, e entra em vigor no ordenamento jurídico, tal lei já nasce dotada de eficácia perante todos, isto é, ela não necessita de autorização judicial para, só então, ser considerada válida.

No que tange à extinção de uma lei, adotou-se no Brasil a Teoria da Nulidade, que prescreve que, caso uma lei seja considerada nula, ela é extirpada do ordenamento jurídico como se nunca tivesse existido.

Dessa forma, quando o Supremo Tribunal Federal decide que referida lei é inconstitucional, automaticamente ela é cassada do ordenamento jurídico brasileiro e, por

consequente, não se poderá futuramente cogitar de mudança de entendimento sobre sua constitucionalidade, pois tal lei já não existe mais. Nesse diapasão, a chamada “declaração de inconstitucionalidade” denota uma decisão em caráter definitivo, tendo em vista que seu efeito é tornar a lei nula (MENDES, 2012, p. 361).

Já no caso da “declaração de constitucionalidade” não ocorre efeito análogo. Por ter sido provocado a analisar a constitucionalidade de determinada lei e entendido que ela é constitucional, a Suprema Corte estará, tão somente, ratificando sua validade, não havendo que se falar em cassação de lei, e não havendo, portanto, mudança qualitativa de sua situação jurídica (MENDES, 2012, 675).

A “declaração de constitucionalidade” pode ocorrer tanto no caso de procedência de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, como no caso de improcedência de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois, em ambos os casos, o Supremo Tribunal Federal chegará à conclusão de que a lei questionada ou os dispositivos de lei questionados são, de fato, constitucionais (MENDES, 2012, p. 671).

Dessa forma, diz Theodor Maunz (1985, p. 223) citado por Gilmar Mendes (2012, p. 675): “A validade da lei não depende da declaração judicial, e a lei vige, após a decisão, tal como vigorava anteriormente”. Assim, a lei que teve sua constitucionalidade questionada e depois confirmada continua vigendo tal como antes, de modo que o Poder Legislativo não fica impedido de alterá-la ou revogá-la, uma vez que a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante são relativos aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo (MENDES, 2012, p. 675).

Sendo assim, uma questão controvertida, e o ponto central desse trabalho, é a possibilidade de o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, mais precisamente o Supremo Tribunal Federal, realizar, um novo exame de constitucionalidade de norma que ele mesmo já havia declarado ser constitucional em momento anterior, e se tal fenômeno poderia ser considerado uma violação da coisa julgada constitucional, acarretando, por conseguinte, prejuízo à segurança jurídica, que é um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

Para alguns autores, essa nova apreciação violaria a coisa julgada, pois a decisão que primeiramente analisou a lei é oponível contra todos os jurisdicionados e vincula também o Supremo Tribunal Federal, não podendo ser novamente objeto de julgamento.

Ao se observar a questão apenas pelo aspecto processual, uma possível conclusão seria que a eficácia geral ou a eficácia *erga omnes* atua como um obstáculo à revisão da aferição de

constitucionalidade, impedindo que a questão seja novamente submetida ao Supremo Tribunal Federal (MENDES, 2012, p. 675).

Tendo em vista a complexidade do assunto, faz-se necessário analisar como essa questão tem sido compreendida em outros países, como, por exemplo, no Direito Alemão, em que também ocorre controle concentrado de constitucionalidade das leis, realizado, no caso, pela Corte Constitucional Alemã.

Ao discorrer sobre o tema, o alemão Hans Brox (1979, p. 809) citado por Gilmar Mendes (2012, 675) afirma:

Se se declarou, na parte dispositiva da decisão, a constitucionalidade da norma, então se admite a instauração de um novo processo para aferição de sua constitucionalidade se o requerente, o Tribunal suscitante (controle concreto) ou o recorrente (recurso constitucional = Verfassungsbeschwerde) demonstrar que se cuida de uma nova questão. Tem-se tal situação se, após a publicação da decisão, se verificar uma mudança do conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle, de modo a permitir supor que outra poderá ser a conclusão do processo de subsunção. **Uma mudança substancial das relações fáticas ou da concepção jurídica geral pode levar a essa alteração.**

No mesmo sentido, Bryde (1982, p. 412-3) sustenta que a *Bundesverfassungsgericht* (Corte Constitucional Alemã) pode realizar nova aferição de constitucionalidade de norma declarada constitucional:

A aferição de constitucionalidade de uma lei que teve a sua legitimidade reconhecida deve ser admitida com base no argumento de que a lei pode ter-se tornado inconstitucional após a decisão da Corte. (...) **Embora não se compatibilize com a doutrina geral da coisa julgada, essa orientação sobre os limites da coisa julgada no âmbito das decisões da Corte Constitucional [alemã] é amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência.** Não se controverte, pois, sobre a **necessidade de que se considere eventual mudança das “relações fáticas”.** Nossos conhecimentos sobre o processo de mutação constitucional exigem, igualmente, que se admita nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de **mudança da concepção constitucional.** (Sublinhei e negritei)

Para Bryde (1982, p. 412-3), “o direito e a própria Constituição estão sujeitos à mutação”. Ele entende que se a pretensão for excluir a possibilidade de se submeter novamente à Corte Constitucional questão já decidida pela constitucionalidade de uma lei, estar-se-ia prejudicando o processo de desenvolvimento constitucional, obrigando aquela lei a se manter à margem da evolução constitucional, como retrata o autor na seguinte expressão:

“[...] ficando elas [as leis] congeladas no estágio do parâmetro de controle à época da aferição”.

Os autores acima tomam como ponto de partida que, uma vez declarada a constitucionalidade da lei, o tribunal não mais deveria se ocupar de aferir a sua legitimidade, exceto em casos em que haja relevante mudança das circunstâncias fáticas que circundam aquela questão ou alteração das concepções jurídicas dominantes, como um diferente entendimento constitucional acerca do tema (MENDES, 2012, p. 677).

Corroborar essa ideia o autor Enrico Tullio Liebman (1984, p. 25-6) citado por Gilmar Mendes (2012, p. 677), que traz a tona alusão à cláusula *rebus sic stantibus*, como transcrito a seguir:

De certo modo, todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus* [Savigny, Sistema (trad. ital.), VI, p. 378], enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença (...). O que há de diverso nestes casos – refere-se às chamadas sentenças determinativas ou dispositivas – não é a rigidez menor da coisa julgada, mas a natureza da relação jurídica, que continua a viver no tempo com conteúdo ou medida determinados por elementos essencialmente variáveis, de maneira que os fatos que sobrevenham podem influir nela, não só no sentido de extingui-la, fazendo, por isso extinguir o valor da sentença, mas também no sentido de exigir mudança na determinação dela, feita anteriormente. (negritei e sublinhei)

Destaca-se que, ao afirmar que as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, Liebman admite que situações ocorridas após a decisão judicial possam alterar a realidade normativa e considera também a possibilidade de que seja modificada a orientação jurídica sobre determinada matéria, o que permitiria que uma norma declarada constitucional viesse, posteriormente, a ser considerada inconstitucional, o que o autor Gilmar Mendes denomina como *inconstitucionalidade superveniente* (MENDES, 1990, p. 73).

Dessa forma, nota-se que a Corte Constitucional alemã, bem como grandes representantes da doutrina do Direito Alemão já assentem com essa reanálise de decisões proferidas em processos objetivos.

As situações ocorridas após a decisão judicial e a possibilidade de nova orientação jurídica sobre determinada norma constitucional revelam pressupostos que tornam patente a necessidade de o ordenamento jurídico estar suscetível a adequações e a reformulações diante de uma realidade sempre em transformação.

Faz-se oportuno ressaltar que o fenômeno da *inconstitucionalidade superveniente*, como discorrido acima, só pode ocorrer desde que satisfeitos determinados pressupostos, e não se confunde, portanto, com o instituto da rescisão, que é vedado para as Ações Diretas de

Inconstitucionalidade ou Ações Declaratórias de Constitucionalidade, conforme dispõe a Lei 9.868/99:

Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

O exemplo do caso exposto a seguir, buscará demonstrar como a Corte Constitucional brasileira tem reagido a esse fenômeno de revisão das declarações de constitucionalidade por *inconstitucionalidade superveniente*.

Buscar-se-á entender os motivos que podem ensejar tal acontecimento, analisar como os julgadores tem concebido a noção de revisão de casos paradigmáticos no âmbito do controle abstrato de normas, e de que forma isso tem repercutido para a efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, tal avaliação incorrerá na percepção de quais consequências esse fenômeno acarreta para a sociedade e se pode ser considerado uma ameaça à segurança jurídica e a estabilidade das decisões judiciais do país.

4. O caso da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas

Caso exemplificativo desta questão, de mudança de entendimento acerca da constitucionalidade de uma norma decidida em sede de controle concentrado, feito pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, ocorreu com a Lei Orgânica da Assistência Social, a Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

Denominada Loas, essa lei foi criada para regulamentar os artigos 203 e 204 da Constituição Federal de 1988, que tratam da Assistência Social, um dos ramos da Seguridade Social.

A Constituição define em seu art. 203, inciso V:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

De acordo com o trecho supracitado, não é toda pessoa portadora de deficiência ou todo idoso que tem o direito ao benefício de um salário mínimo mensal. Apenas farão jus ao direito aqueles que comprovarem que eles mesmos não possuem capacidade de se sustentar, e que suas famílias também não possuem a capacidade de sustentá-los.

Quanto a esse dispositivo, nota-se que a norma constitucional apresenta reserva legal no que tange à forma de comprovação da ausência de meios para prover à própria manutenção ou para tê-la provida por sua família, necessitando, portanto, de lei que especifique os critérios.

Dessa forma, a Lei Orgânica da Assistência Social, em seu art. 20, § 3º, veio regulamentar quais são as condições que caracterizam que a família do portador de deficiência ou do idoso não tem, de fato, meios para sustentar financeiramente os seus referidos dependentes.

Transcrevo abaixo a redação do dispositivo citado:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal **per capita** seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

Como visto, o critério adotado pelo legislador ordinário para aferir a capacidade financeira da família foi a sua renda mensal *per capita*.

Estabeleceu-se, então, que somente terá direito a receber um salário mínimo por mês, o chamado “benefício de prestação continuada”, aquele idoso ou aquela pessoa portadora de deficiência que possuem famílias cuja renda mensal por pessoa seja **inferior a um quarto do salário mínimo**.

Em conformidade com essa determinação da Loas, também a Lei 10.741/2003, conhecida como Estatuto do Idoso, estipulou seu critério de concessão do benefício, como se vê no art. 34, parágrafo único, a seguir:

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do **caput** não será computado para os fins do cálculo da renda familiar **per capita** a que se refere a Loas.

Ocorre que essa interpretação dada à Lei Orgânica da Assistência Social, Lei 8.742/93, só foi possível em razão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – nº 1.232-1 Distrito Federal ocorrida em 1998.

Ajuizada pelo Procurador-Geral da República, o objeto de questionamento da ADI era o art. 20, § 3º, da Loas. Naquela oportunidade, o autor requereu, juntamente com o pedido de declaração de inconstitucionalidade, medida cautelar de suspensão da eficácia da referida norma. Porém não obteve êxito. Alegava-se que o dispositivo impugnado limitava e restringia o direito garantido por norma constitucional (art. 203, inciso V), e, por isso, era com ela incompatível.

O parecer da Procuradoria-Geral da República foi no sentido de atribuir à norma uma “interpretação conforme a Constituição”, pois sustentava haver outra forma interpretativa que era inconstitucional, considerando necessária a manifestação da Suprema Corte para eleger a exegese adequada. Transcrevo trecho, *in verbis*:

“Veja-se, no entanto, que, da interpretação de tal Lei federal nº 8.742, de 1993 — conforme seja tal exegese —, é que pode resultar o desrespeito ao mandamento constitucional.

Com efeito, se se entender — como parece ter entendido a representação acolhida pelo Exmo Sr. Procurador-Geral da República — que o § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993, esgota o rol das possibilidades de comprovação de falta de meios, para o deficiente se manter ou ser mantido por sua família, então, realmente, essa norma há de ser tida **inconstitucional**, na medida em que se terá revelado flagrantemente **limitadora** (“considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência... a família cuja renda mensal **per capita** seja **inferior a 1/4 (UM QUARTO) do salário mínimo**”) de garantia constitucional **ilimitada** (“a quem dela necessitar”).

Entretanto, se se entender que o mesmo § 3º do art. 20 da Lei federal nº 8.742, de 1993, ao contrário de estar instituindo caso único de possibilidade de prova de tal falta de meios e de estar excluindo outras possibilidades, nada mais faz do que meramente instituir caso de **PRESUNÇÃO JURIS ET DE JURE** de insuficiência de meios familiares, para manutenção de portador de deficiência, então **nenhuma inconstitucionalidade** poderá ser entrevista”. (ADI 1232/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, Julgamento 27.8.1998 DJ 01.6.2001, p. 99)

O ministro Ilmar Galvão, relator do processo, consentiu com o parecer da Procuradoria-Geral da República e julgou procedente em parte a ação. Segue abaixo trecho do voto:

“A questão que resta é a de saber se a hipótese prevista pela norma é a única suscetível de caracterizar a situação de incapacidade econômica da família do portador de deficiência ou do idoso inválido.

(...) Outra alternativa não resta senão emprestar ao texto impugnado interpretação segundo a qual não limita ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso”. (ADI 1232/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, Julgamento 27.8.1998 DJ 01.6.2001, p. 101-102)

No entanto, o Ministro Nelson Jobim abriu a divergência ao entender que é competência da lei dispor sobre os mecanismos que comprovem a incapacidade financeira da família em manter o idoso ou a pessoa com deficiência. Isto é, que a lei só definiu o que era de sua incumbência definir. Argumentou o Ministro que a lei achou por bem estabelecer essa forma específica de comprovação da ausência de meios para arcar com o necessitado, qual seja, considerar a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a um quarto do salário mínimo; e que se a legislação quiser estabelecer outras formas, deve-se fazer por meio de lei, como ordenado pela Constituição, sendo que não há inconstitucionalidade no dispositivo da Loas. É o que demonstra o excerto do seu voto, a seguir:

“O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, data vênha do eminente Relator, compete à lei dispor a forma da comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma.

Portanto não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição”. (ADI 1232/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, Julgamento 27.8.1998 DJ 01.6.2001, p. 103)

Ao argumento de que, se declarada a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Loas, tal decisão iria permitir que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial, por não estarem, porventura, dentro do patamar inferior a um quarto do salário mínimo, o Ministro Sepúlveda Pertence asseverou:

“Senhor Presidente, considero perfeita a inteligência dada ao dispositivo constitucional, no parecer acolhido pelo Relator, no sentido de que o legislador deve estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou o deficiente físico, a fim de completar a efetivação do programa normativo de assistência contido no art. 203 da Constituição. A meu ver, isso não a faz inconstitucional nem é preciso dar interpretação conforme à lei que estabeleceu uma hipótese objetiva de direito à prestação assistencial do Estado. Haverá, aí, inconstitucionalidade por omissão de outras hipóteses? A meu ver, certamente sim, mas isso não encontrará remédio nesta ação direta”. (ADI 1232/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, Julgamento 27.8.1998 DJ 01.6.2001, p. 105)

O ministro Nelson Jobim foi, então, acompanhado pela maior parte dos ministros, de modo que a ação foi julgada improcedente. Foram vencidos, em parte, os ministros Ilmar Galvão(relator) e Néri da Silveira, e o tribunal, por maioria, entendeu pela constitucionalidade da norma questionada. O julgamento foi presidido pelo ministro Carlos Velloso, o então vice-presidente do tribunal, que também votou. Não participaram do julgamento por ausência justificada os ministros Marco Aurélio, Sydney Sanches e Celso de Mello, presidente do tribunal à época.

A ementa da ADI 1.232/DF ficou assim registrada:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 1232/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, Julgamento 27.8.1998 DJ 01.6.2001)

Nesse contexto, em sede de decisão oriunda de controle concentrado de constitucionalidade, o plenário do Supremo Tribunal Federal manteve esse dispositivo da Lei

8.742/93 no ordenamento jurídico e assentou a sua compatibilidade com a Constituição Federal.

Em 2013, quinze anos, portanto, após esse julgamento, a Corte foi questionada novamente sobre a constitucionalidade da mesma norma, o art. 20, § 3º, da Loas.

A Reclamação nº 4.374/PE foi ajuizada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) contra decisão proferida pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco que concedeu a um trabalhador rural o benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal. O INSS alegou violação à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – nº 1.232/DF, quando foi declarado que o § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 era constitucional, conforme analisado anteriormente.

Um dos argumentos veiculados na decisão reclamada foi que “a comprovação de renda *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo é dispensável quando a situação de hipossuficiência econômica é comprovada de outro modo”.

Como já salientado neste capítulo, o art. 20, § 3º, da Loas determina que para que se considere a família incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa, a renda mensal *per capita* desta deve ser inferior a um quarto do salário mínimo.

Nesse sentido, o INSS alegou na exordial que houve ofensa ao entendimento da Suprema Corte, uma vez que esta já havia se posicionado quanto à constitucionalidade da referida norma, e, por conseguinte, quanto a validade do critério adotado por ela. Aduziu o INSS que a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco manteve a sentença que concedeu o benefício pretendido pelo autor, sem a devida comprovação de adequação às exigências da lei declarada constitucional pela Corte.

Interessante discorrer sobre um dos argumentos da decisão da instância recursal que foi, posteriormente, também analisado pela decisão do Supremo Tribunal Federal:

“Quanto à inconstitucionalidade do limite legal de renda *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo, a sua fixação estabelece apenas um critério objetivo para julgamento, mas que não impede o deferimento do benefício quando demonstrada a situação de hipossuficiência”. (Processo 2005.83.20.009801-7, fls. 68-69)

O relator da Reclamação foi o Min. Gilmar Mendes, que votou, no sentido de declarar a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Loas.

Fundamental para o entendimento da controvérsia é a análise do debate realizado entre os ministros julgadores do caso no momento da sessão de julgamento.

Na oportunidade, muitos ministros, ao esboçar suas ideias iniciais, entendiam pelo não conhecimento da reclamação. O Min. Teori Zavascki, por exemplo, se opunha ao seu conhecimento pelos seguintes motivos:

nós temos uma dificuldade formal que é a seguinte: trata-se de uma decisão com eficácia **erga omnes, efeitos vinculantes e insuscetível de rescisão.**

(...)No meu entender, não cabe em reclamação, que só tem por objeto examinar se houve ou não ofensa à autoridade da decisão do Supremo, fazer juízo sobre as questões decididas, muito menos se prestar a reformar ou confirmar o acerto ou não dessas decisões (...) (Rcl 4.374, p. 54-55) (Negritei e sublinhei)

Nessa oportunidade, o Min. Teori Zavascki externou a dificuldade de se fazer um novo exame de constitucionalidade de norma já antes analisada em controle abstrato:

“Então, se não se pode fazer juízo sobre o acerto ou desacerto, não se pode também, nesses limites, fazer juízo sobre a constitucionalidade ou não dos preceitos normativos aplicados. **Se nós fizermos um juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade no âmbito da reclamação, estaremos, de certo modo, inaugurando uma nova espécie de controle abstrato de inconstitucionalidade**”. (Rcl 4.374, p. 55) (Negritei e sublinhei)

Ao tratar da proposta de se fazer um novo juízo de constitucionalidade em sede de reclamação, o Min. Gilmar Mendes suscitou a possibilidade de se fazer esse novo juízo, até mesmo, em sede de recurso extraordinário, processo subjetivo do controle difuso:

“[artigo 20, § 3º, da LOAS] Que foi declarado constitucional na ADIn. Daí a minha proposta de que o tema seja enfrentado para ser definitivamente resolvido. Poderíamos fazer isso num RE. Poderíamos fazer isso num outro processo, até porque a questão de partes aqui não tem relevo. Se fôssemos fazer num RE, acabaríamos fazendo no RE a revisão de uma decisão tomada numa ADIn”. (Rcl 4.374, p. 56)

Ainda sobre a possibilidade de fazer em recurso extraordinário revisão de decisão proferida em ADI, o Min. Luiz Fux, no mesmo sentido do Min. Gilmar Mendes, afirma:

Aquela decisão foi lavrada num ambiente objetivo e normativo completamente diverso. Então, Vossa Excelência traz agora, quer dizer, uma lei que foi declarada constitucional que está no caminho da inconstitucionalidade, exatamente **em razão da modificação desse ambiente objetivo e normativo**, vários benefícios. Então, isso é possível na repercussão geral. (Rcl 4.374, p. 56) (Negritei)

No entanto, a permissão de revisão constitucional de decisão de controle abstrato, ora objeto desse debate, não é algo assente entre todos os ministros.

Ao discordar dessa possibilidade de realizar em controle difuso revisão de constitucionalidade exarada em processo objetivo, o Min. Marco Aurélio argumentou:

O que ocorrerá, Presidente, se entendermos de forma diversa? Concordo com Sua Excelência. **Depois de o Supremo – e vinga a impessoalidade – haver, no processo objetivo, declarado a constitucionalidade da lei, virá, no controle difuso, não mais concentrado, dar o dito pelo não dito.**

(...)

Mas me preocupa muito, em primeiro lugar, estarmos revendo, no âmbito do controle difuso, uma decisão – como se o instrumental que aqui chegou tivesse contornos de rescisória – **prolatada em processo objetivo.** (...)

(...) não compreendo como se possa, no âmbito do controle difuso – repito –, rescindir o acórdão formalizado no processo objetivo. (Rcl 4.374, p. 59-60) (Negritei e sublinhei)

Observe-se que a oposição do Min. Marco Aurélio não era quanto ao conhecimento ou procedência da reclamação, posto que julgou, conforme a maioria, pelo conhecimento e pela improcedência da ação. Sua contraposição dizia respeito à realização de um novo juízo de constitucionalidade no âmbito da ação em que se colocavam a julgar.

Na sequência, diante de o efeito prático de se declarar nesse julgamento a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 20 da Loas ser a sua cassação do ordenamento jurídico, permitindo ao legislador a criação de outra norma capaz de regulamentar o direito fundamental do benefício de prestação continuada de forma mais condizente com a nova condição econômica do país, revelada em leis que trouxeram outros parâmetros de assistência social, o Min. Gilmar Mendes debate:

Porque o que que acontece? Vamos dizer: nós estamos celebrando, sim, a decisão na ADI nº 1.232, mas nós não a aplicamos no caso. Por quê? Porque, num caso, o sujeito tinha câncer e dependia de medicamentos; no outro, tinha Mal de Parkinson e, portanto... E, assim, vamos nós afastando a aplicação do entendimento. É isso que eu estou a discutir. Vamos discutir o tema de forma objetiva e devolver ao legislador a possibilidade de reconformar todo esse sistema, adotando um modelo objetivo coerente. (Rcl 4.374, p. 63)

Por fim, o Tribunal, por maioria, conheceu da reclamação, sendo que ficaram vencidos os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa (Presidente), que dela não conheciam. No mérito, por maioria, a reclamação foi julgada improcedente, vencido o Ministro Teori Zavascki, que a julgava procedente.

Nos fundamentos expostos no voto do ministro relator quanto à revisão da ADI 1.232 por meio de reclamação, o relator asseverou que o Tribunal, ao realizar o julgamento de qualquer reclamação, precisa comparar o ato impugnado e a decisão ou súmula tida por violada e, nesses casos, pode ocorrer a necessidade de reavaliar seu parâmetro anteriormente estabelecido.

Para tanto citou os exemplos de algumas reclamações em que houve a necessidade de reavaliação da própria decisão parâmetro do julgamento para, então, redefinir os contornos fundamentais que aquela decisão podia alcançar.

Em se tratando da Reclamação 4.374, em que não só os limites da decisão paradigma foi reanalisado, mas a própria aferição de constitucionalidade, o voto do ministro relator, quanto ao mérito, prestigiou as consistentes mudanças fáticas ocorridas, que se expressaram na mudança de critério constatada.

Percebe-se que a mudanças nas relações fáticas fizeram com que surgisse uma possibilidade de aplicação do que estava garantido no art. 203, inciso V, da Constituição, de forma diferente do que estava disposto no art. 20, § 3º, da Loas, como indicou o relator.

“(…) diante do quadro fático aqui, nós temos hoje - se fizemos um levantamento - praticamente decisões de todos os Ministros julgando improcedente as reclamações, desautorizando de alguma forma, ou vislumbrando a possibilidade de uma aplicação diferente do disposto no artigo 20, § 3º, da LOAS”. (Rcl 4.374, p. 56)

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes, defendeu a possibilidade de o Tribunal “exercer um novo juízo” sobre a ADI 1232, considerando que nos dias atuais a Corte não tomaria a mesma decisão. O ministro observou que ao longo dos últimos anos houve uma “proliferação de leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais”.

Nesse sentido, ele citou diversas normas, como a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; e a Lei 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola.

Conforme ele destacou, essas leis abriram portas para a concessão do benefício assistencial fora dos parâmetros objetivos fixados pelo artigo 20 da Loas, e juízes e tribunais passaram a estabelecer o valor de meio salário mínimo como referência para aferição da renda familiar *per capita*.

“É fácil perceber que a economia brasileira mudou completamente nos últimos 20 anos. Desde a promulgação da Constituição, foram realizadas significativas reformas constitucionais e administrativas com repercussão no âmbito econômico e financeiro. A inflação galopante foi controlada, o que tem permitido uma significativa melhoria na distribuição de renda. Os gastos públicos estão hoje

disciplinados por Lei de Responsabilidade Fiscal, que prenuncia certo equilíbrio e transparência nas contas públicas federais, estaduais e municipais. Esse processo de reforma prosseguiu com a aprovação de uma reforma mais ampla do sistema de previdência social (Emenda 41, de 2003) e uma parcial reforma do sistema tributário nacional (Emenda 42, de 2003).”. (Rcl 4.374, Min. Rel. Gilmar Mendes, p. 44)

Explicou ainda que esse contexto proporcionou que fossem modificados também os critérios para a concessão de benefícios previdenciários e assistenciais se tornando “mais generosos” e apontando para meio salário mínimo o valor padrão de renda familiar *per capita*, como se conclui do trecho em que relata que “os programas de assistência social no Brasil utilizam atualmente o valor de meio salário mínimo como referencial econômico para a concessão dos respectivos benefícios”.

Ele ressaltou que este é um indicador bastante razoável de que, o critério de um quarto do salário mínimo, utilizado pela Loas, está completamente defasado e inadequado para aferir a miserabilidade das famílias, que, de acordo com o artigo 203, inciso V, da Constituição, possuem o direito ao benefício assistencial.

Conforme asseverou o ministro, ao longo dos vários anos, desde a sua promulgação, a norma passou por um “processo de inconstitucionalização” decorrente de notórias mudanças fáticas, políticas, econômicas, sociais e jurídicas.

Com esses argumentos, o ministro votou pela improcedência da reclamação, consequentemente declarando a inconstitucionalidade incidental do artigo 20, parágrafo 3º, da Loas.

5. A superação do antigo entendimento

Uma vez feita a análise do caso da Lei 8.742/93, a Lei Orgânica da Assistência Social – Loas, faz-se necessário a exploração de alguns conceitos do *common law* para tentar inserir aspectos da decisão estudada nessas categorias jurídicas de análise de precedentes.

O estudo do precedente, seja com o objetivo de aplicá-lo a um caso, seja para determinar sua revogação, está condicionado a uma visão global de seu conteúdo, a fim de identificar a convergência ou divergência dos aspectos materialmente relevantes dos casos concretos que fizeram surgir o precedente e o julgamento final. Dessa forma, entende-se necessária a compreensão dos elementos principais da decisão judicial e as técnicas mais usadas para sua delimitação. (PORTES, 2012, p. 185)

Segundo Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 180), o chamado “holding”, é a “norma, extraída do caso concreto, que vincula os tribunais inferiores; o princípio jurídico que o tribunal estabeleceu para decidir; a regra necessária para a solução do caso”.

O *holding* é constituído por duas partes fundamentais: a *ratio decidendi* e a *obiter dicta* (plural de *obiter dictum*), as quais formam, respectivamente, a razão principal do julgamento e os argumentos externos ao fundamento principal, sendo que somente o fundamento da *ratio decidendi* vincula os julgamentos posteriores. (PORTES, 2012, p. 186)

De acordo com Rupert Cross (1991) citado por Maira Portes (2012), existem controvérsias a respeito da definição dos limites e identificação das duas partes do julgado. Essa controvérsias estão relacionadas ao poder do juiz prolator da decisão em determinar, arbitrariamente ou não, o fundamento vinculante; ou estão relacionadas ao poder do juiz que é encarregado de aplicar um precedente em determinar, ele mesmo, qual será o argumento vinculante em seu julgamento, e quais serão tratados como marginais, que são a *obiter dicta*.

A segregação do argumento principal (*ratio*) dos argumentos marginais (*dicta*) constitui questão de relativa complexidade, uma vez que é inerente à subjetividade do juiz, não levando em consideração qual posição diante da aplicação do precedente este se encontre (PORTES, 2012).

Por outro lado, seguidores de outra corrente, encabeçada por juristas norte americanos, defendem que não existe tal diferenciação, sendo uma discricionariedade do juiz destinatário apontar os limites com os quais, dentre os fundamentos utilizados no precedente, lhe servirá como melhor *ratio* para fundamentar sua decisão (PORTES, 2012).

O propósito de trazer algumas considerações sobre a distinção entre os dois elementos da decisão judicial tem como objetivo não, propriamente, se aprofundar nessas diferenças, mas expor os métodos mais populares para individualização da *ratio decidendi*, tendo em vista que, para fins de uma possível revogação do precedente, sua identificação será de substancial importância.

Em resumo, os dois métodos principais definidos pela doutrina inglesa são o teste de Wambaugh e o método do Dr. Goodhart.

A técnica do *Teste de Wambaugh* baseia-se em separar uma proposição (suposta *ratio decidendi*), auferida por se apresentar como forte fundamento jurídico do precedente, e inserir uma palavra que inverta o seu significado. Se, mesmo com essa alteração, o resultado do julgamento manter-se como antes, a proposição isolada não era a proposição principal, devendo ser eliminada a hipótese de ser a *ratio decidendi*. Todavia, se tal inversão gerar também a mudança do resultado do julgamento, então ter-se-á a razão principal, a *ratio decidendi* daquela questão, sem a qual o caso seria decidido de outra maneira.

Já o *método do Dr. Goodhart*, consiste em separar, no julgado precedente, os fatos considerados pelo julgador como *materialmente relevantes* e o que foi definido em relação a eles. Dessa forma, não é relevante tentar identificar as opiniões do juiz, a regra de direito que incidiu no caso, nem as considerações realizadas sobre os demais casos: a *ratio decidendi* será caracterizada pela forma como o julgador tratou os fatos materialmente relevantes.

Assim, partindo do pressuposto que do *holding* é possível extrair a parte vinculante da decisão, faz-se oportuno identificar, utilizando-se de critérios tais como os da doutrina inglesa, quais são os fundamentos da decisão considerados indispensáveis para o resultado do julgamento, com o objetivo de expor, com base na referida delimitação, as razões pelas quais um específico precedente não pode ser aplicado, ou deve ser adaptado para servir de embasamento para casos futuros (PORTES, 2012).

A partir desse entendimento, percebe-se o quanto é importante a fundamentação da decisão no sistema jurídico de *common law*.

Como o dispositivo é a parte que faz lei entre as partes, formando a *res judicata*, os outros elementos da decisão judicial compõem a regra de direito (*rule of law*) que pode ser aproveitada naquele caso e aplicada aos casos posteriores, o que faz com que a decisão precedente se torne uma fonte de conhecimento da interpretação judicial do direito vigente em um certo período e lugar e, assim, viabilize a continuidade dessa interpretação para os casos futuros. (PORTES, 2012).

Ao traçar um paralelo entre os instrumentos ora analisados e o precedente discutido no capítulo anterior, qual seja, a ADI 1232, que julgou constitucional o dispositivo de lei que estabelecia critério objetivo para a concessão de benefício de assistência social, nota-se que é possível identificar a *ratio decidendi* daquele julgamento, assim como, discorrer sobre uma de suas *obiter dicta*.

No voto do Min. Ilmar Galvão (ADI 1232, p. 101-2), ao acolher o parecer da Procuradoria-Geral da República, ficou expresso o argumento de que demonstrava ser limitador e restritivo o critério estabelecido pelo legislador, ao estipular o limite de um quarto do salário mínimo como parâmetro de renda *per capita*: “então, realmente, essa norma há de ser tida inconstitucional, na medida em que se terá revelado flagrantemente limitadora”.

Essa foi uma das proposições jurídicas daquele julgamento.

No entanto, foi no voto do Min. Nelson Jobim que veio o argumento sem o qual a causa não teria sido decidida da maneira como foi, ou seja, a *ratio decidendi*.

Isso ocorreu quando este ministro se manifestou defendendo a norma, sob o fundamento lógico-racional de que a própria Constituição havia entregado essa competência à lei, de regulamentar os critérios para concessão de benefício, não podendo, então, esta lei ser considerada inconstitucional, haja vista que ela estava tão somente cumprindo sua competência, e não podia ser penalizada por isso, já que não impedia a criação de nova legislação que acrescentasse outro critério. Confira-se trecho que ilustra tal questão:

“(...) compete à lei dispor a forma da comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma”.
(ADI 1232, p. 103)

Essa proposição foi aceita pela maioria dos ministros, que concordaram em votar pela constitucionalidade da norma.

Revela-se, então, que a *ratio decidendi* extraída do referido precedente foi a valoração da competência regulamentar da lei, na medida em que satisfazia a ordenança do mandamento constitucional.

Importante também destacar o voto do Min. Sepúlveda Pertence, no qual apresentou fundamento jurídico que se constituiu como *obiter dictum* do julgado da ADI 1.232 e, anos depois, passou a ser novamente trazido à discussão, porém, desta vez, como parte integrante do voto do relator, cujo entendimento foi aceito pela maioria e decidiu o julgamento da Reclamação 4374.

Recupere trecho da exposição:

“(...) o legislador deve estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou o deficiente físico, a fim de completar a efetivação do programa normativo de assistência contido no art. 203 da Constituição”. (ADI 1232, p. 105)

A partir da busca de contextualização do caso objeto de análise e os elementos integrantes da decisão no *commow law*, passar-se-á agora ao entendimento dos instrumentos de revogação de um precedente, para, então, procurar uma avaliação da Rcl 4374 sob essa perspectiva.

Em geral, os instrumentos de revogação de precedentes são tratados sob duas denominações: *overturning* e *overruling*.

Melvin Eisenberg, citado por Maira Portes (2012, p. 188), conceitua *overturning* como a denominação comum de todas as formas de raciocínio jurídico que venham a acarretar na revogação total ou parcial de um precedente, sendo o *overruling* a revogação total, a forma mais extrema.

Sob o olhar de PORTES (2012), revogar um precedente (entendendo como revogação total para estes fins) significa, na maioria das vezes, dizer que a decisão emanada por determinado julgador ou determinada corte estava errada e precisa ser corrigida.

Não se trata de reexame da causa provocado pelas partes interessadas, mas sim no reexame da regra de direito elaborada pela corte quando do julgamento de determinada questão, cujo erro reside, geralmente, no excesso à discricionariedade praticado pela corte prolatora.

Com o objetivo de compreender a razão para elaboração de técnicas de raciocínio para revogação de precedentes pela doutrina dos países de *common law*, é necessário observar que este sistema jurídico estrutura-se com base na regra do *stare decisis*, ou seja: a coerência do ordenamento não depende apenas da harmonia entre as normas, e entre estas e a Constituição, como ocorre nos países adeptos do sistema do *civil law*. Depende, em sua maior parte, do que é decidido nos tribunais e da coerência entre as decisões do passado e as decisões que venham a ser proferidas, assim como entre o que é decidido pela Corte Suprema e o que é decidido pelas Cortes à ela subordinadas (PORTES, 2012).

Anterior à ruptura, a revogação de precedentes ultrapassados ou errados representa a continuidade da *common law* e a sua congruência com a *statute law*. A partir daí, uma de suas

principais funções é o controle da discricionariedade do juiz, a qual consiste em decidir o julgado dentro dos limites de sua competência.

Sendo assim, a discricionariedade implica na revogação eventual de alguns precedentes, não por ser uma mera faculdade do juiz, mas por ser imposto a ele que revogue o precedente que não mais serve ao direito, como forma de cumprir o papel de coesão interna e externa que o precedente ocupa no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Larenz expõe:

“Se a interpretação ou concretização da lei contida no precedente é correcta, porém, é ponto que cada juiz há-de, em princípio, decidir por si próprio e em caso novo caso, visto que o precedente não lhe pode tirar a responsabilidade pela correcção de sua decisão. O juiz não tem por apenas o direito, está até obrigado a divergir de um precedente, sempre que chegue à convicção de que ele traduz uma incorreta interpretação ou desenvolvimento da lei, ou de **que uma questão, então correctamente resolvida, deve hoje – mercê de uma mudança de significado da norma ou de uma alteração fundamental das circunstâncias relevantes para a sua interpretação – ser resolvida de outro modo.**” (LARENZ, 1997, p. 497.) (Negritei e sublinhei)

Como se vê, o ordenamento jurídico não deve engessar o julgador de modo a tolher sua qualidade de estar passível de se deparar com entendimentos e precedentes que, no passado merecedores de certo juízo de equidade, passaram, no tempo atual, a ser promovedores de consequências não esperadas.

Por fim, voltando uma vez mais ao caso analisado sobre a Lei 8.742/1993, Lei Orgânica da Assistência Social – Loas –, entendo que a mudança de entendimento dos ministros e a revisão constitucional feita configurou um *overruling* de decisão proferida em controle abstrato, superando o precedente firmado na ADI 1232 quanto ao critério a ser utilizado para fins de concessão do benefício da assistência social, a saber, o benefício de prestação continuada.

Compreendo que tal fenômeno da inconstitucionalidade superveniente, que culminou na superação do precedente analisado não caracterizou, no caso concreto, violação ou ameaça à estabilidade das decisões, à coisa julgada, e, por conseguinte, ao direito fundamental à segurança jurídica.

A razão de minha concepção é que vislumbro atendido, neste caso, um dos pressupostos alternativos para a ocorrência da inconstitucionalidade superveniente, qual seja, a substancial modificação das circunstâncias fáticas que, como discutido nesse trabalho,

envolveram avanço social, mudança de parâmetro econômico e maior inclinação do Estado para as demandas de miserabilidade do país.

Com efeito, o direito não pode estar incólume às transformações fáticas da realidade e à evolução hermenêutica da Constituição.

Dessa forma, o ponto que há de se destacar é que mesmo que uma decisão de constitucionalidade de determinada norma seja proveniente do controle abstrato, por meio de procedência de ADC ou improcedência de ADI, sendo, portanto, derivada de um processo objetivo, em que, em razão de sua excepcionalidade, a própria Constituição restringiu e limitou os legitimados para a sua atuação, ainda assim é possível e totalmente aceitável em um Estado Democrático de Direito o fenômeno da inconstitucionalidade superveniente, desde que emergido de um contexto apropriado que o respalde, sem que isso seja compreendido como uma ameaça à segurança jurídica, princípio tão caro em nosso ordenamento pátrio.

6. Conclusão

A segurança jurídica, como princípio constitucional e como direito fundamental dos indivíduos, tem grande relevância para o ordenamento jurídico, uma vez que propicia a credibilidade dos cidadãos na capacidade conferida ao Direito de reger as relações e solucionar os conflitos.

A confiança dos jurisdicionados não deve estar apenas no direito legislado, mas também no respeito às decisões judiciais, o que abrange a preservação daquelas decisões que já tiveram seu trânsito em julgado.

Tendo em vista que uma das manifestações da segurança jurídica é a estabilidade das decisões judiciais, questionou-se a possibilidade de se fazer um novo exame de constitucionalidade sobre norma já antes analisada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação objetiva dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Discorreu-se neste trabalho sobre os efeitos distintos que as leis podem sofrer decorrentes da declaração de constitucionalidade ou da declaração de inconstitucionalidade.

A partir desse contexto, prosseguiu-se a uma análise do caso da Lei 8.742/1993, Lei Orgânica da Assistência Social – Loas –, à luz de conceitos do common law, como precedente e *ratio decidendi*, demonstrando de que maneira a Suprema Corte brasileira tem enfrentado a revisão de constitucionalidade.

Vislumbrou-se, portanto, na Reclamação 4.743/PE, uma superação de entendimento no que diz respeito à ADI 1232/DF, que tratou sobre a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Loas, esta que, por sua vez, estabelecia critério econômico objetivo para concessão de benefício da assistência social, em obediência a preceito constitucional estabelecido no art. 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988.

Por fim, conclui-se deste trabalho a ocorrência do fenômeno da inconstitucionalidade superveniente, fundamento manifestado na decisão de 2013 para a superação do precedente julgado em 1998.

Diante do *overruling* proveniente de decisão proferida em controle abstrato, analisado neste trabalho, conclui-se que a modificação de jurisprudência consolidada, quando delimitada por pressupostos específicos, não é necessariamente uma ameaça à segurança jurídica e à coisa julgada.

Isso porque o Direito não pode estar inerte às condições que permitem a ocorrência da inconstitucionalidade superveniente, quais sejam, as relevantes transformações fáticas da

realidade, bem como à evolução hermenêutica, resultado do processo de desenvolvimento constitucional.

Sendo assim, concluo que o propósito das revisões constitucionais de decisões proferidas no âmbito do controle abstrato/concentrado de constitucionalidade deve ser o de permitir que o ordenamento jurídico corresponda ao respectivo estágio do direito constitucional, conformando-se às suas evoluções interpretativas e adequando-se aos novos contornos fáticos da realidade.

7. Referências Bibliográficas

Doutrina:

ALEXYY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CARDOSO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. Tradução de Silvana Vieira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DELGADO, José Augusto. **O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional**. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/448/O_Princ%C3%ADpio_da_Seguran%C3%A7a_Jur%C3%ADdica.pdf.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. Tradução João Baptista Machado. 2 ed. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1979.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org). **A Força dos Precedentes**: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 559-576.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e Vinculação: instrumentos stare decisis e prática constitucional brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 177-208, 2005. Disponível em: < <http://www.usjt.br/arq.urb/arquivos/abntnabr6023.pdf>> Acesso em: 2 dez. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Controle de Constitucionalidade: As decisões no controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos**. In: MENDES, Gilmar Ferreira.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Brasil: Saraiva, 2012. p. 777-1060.

_____. **Segurança e estabilidade das decisões em controle abstrato de constitucionalidade e a reclamação constitucional**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Brasil: Saraiva, 2012. p. 1017-1039.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, t. II.

NETO, Claudio pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM. **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org). **A Força dos Precedentes: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 183-208

PASSO, José Joaquim Calmon. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

POLICHUCK, Renata. **Segurança jurídica dos atos jurisdicionais**. 2011. 223 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2011.

SOARES, Carlos Henrique. **Coisa Julgada Constitucional**. Coimbra: Abril, 2009.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A estabilidade das decisões no controle de constitucionalidade abstrato**. São Paulo: Almedina, 2016.

Artigos:

A declaração de inconstitucionalidade sem efeito ablativo: construção jurisprudencial José Roberto Machado:

<https://blog.ebeji.com.br/a-declaracao-de-inconstitucionalidade-sem-efeito-ablativo-construcao-jurisprudencial/>

Processos Judiciais:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1232/DF, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 27.08.1998, Publicação: DJ 1º.06.2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4.374/PE Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18.04.2013, Publicação: DJe 4.09.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Processo 2005.83.20.009801-7. Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco.

Legislação:

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Dispon. em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 3 de novembro de 2016.

_____. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Lei Orgânica da Assistência Social – Loas. Dispon. em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm. Acesso em 8 de agosto de 2015.

_____. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Dispon. em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm. Acesso em 14 de outubro de 2016.

_____. Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003. Cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA. Dispon. em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2003/lei-10689-13-junho-2003-496957-normaatualizada-pl.html>. Acesso em 19 de outubro de 2016.

_____. Lei nº 10.219, de 11 de abril de 2001. Cria o Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à educação - "Bolsa Escola", e dá outras providências. Dispon. em: <http://www.portal.educacao.salvador.ba.gov.br/site/documentos/espaco-virtual/espaco-jornada-pedagogica/legisla%C3%A7%C3%A3o-educacional/lei-10219-2001.pdf>. Acesso em 23 de outubro de 2016.